

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende V und die weiteren Senatsmitglieder S2,S3u.S4 in der Beschwerdesache Bf vertreten durch stV gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärf-Platz 2 vertreten durch AV, vom 23.09.2014 betreffend Abweisung des Antrages vom 7.6.2013 auf Gewährung von Familienbeihilfe für S. A, VNr ** für den Zeitraum Juni 2006 bis Februar 2014 in der Sitzung vom 16.12.2015 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Beisein der Schriftführerin SF zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird abgeändert.

Für den Zeitraum Juni 2006 bis Juli 2012 steht Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbeträgen nicht zu.

Für den Zeitraum August 2012 bis August 2013 steht dem Bf. Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbeträgen in Höhe des Differenzbetrages (gekürzt um die vom ausländischen Träger ausbezahlten Beträge) zu.

Für den Zeitraum September 2013 bis Februar 2014 steht die Familienbeihilfe einschließlich Kinderabsetzbeträgen in vollem Ausmaß zu.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer, in der Folge Bf. genannt, beantragte am 7.6.2013 die Gewährung von Familienbeihilfe für die Tochter S. (in der Folge S. genannt), geb. am 1996, rückwirkend ab 19.6.2006. Laut Antrag ist dies das Datum der Einreise nach Österreich. Die Tochter ist sw Staatsbürgerin. Weiters wird angegeben, dass die Tochter in B die Schule besucht.

Laut Meldebestätigung ist die Tochter seit 19.6.2006 an der gleichen Adresse wie der Bf. in Wien mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Der Bf. ist verheiratet und hat mit seiner jetzigen Gattin M , die 2003 nach Österreich eingereist ist und sw Staatsbürgerin ist, drei weitere Kinder.

Über Vorhalt des Finanzamtes legte der Bf. folgende Unterlagen vor:

- Zeugnisse und Schulbesuchsbestätigungen, aus denen hervorgeht, dass die Tochter in dem beschwerdegegenständlichen Zeitraum in B die Schule besuchte,
- ein Urteil des BG B III vom 16.7.1998, mit dem die Obsorge der Kindesmutter zugesprochen wird und der Vater verpflichtet wird monatlich Unterhalt i.H. von 1000.- X zu leisten,
- einen Antrag der Kindesmutter vom 24.9.2012 auf Änderung des Sorgerechtes zu Gunsten des Vaters. Begründet wird dieser Antrag damit, dass sie die Anstellung und den Wohnsitz verloren habe,
- Beschluss vom 5.3.2013 über die Bestellung eines Kollisionskurators in dem Verfahren, wobei die Mutter als „zuletzt wohnhaft in...“ bezeichnet wird, das Kind als „wohnhaft in.... (gleiche Adresse)
- Beschluss vom 30.4.2013 über die Bestellung eines Vormundes für die Mutter, da diese unbekannten Aufenthaltes ist.

Eine Monatsfahrkarte für S., gültig von 1.6.2013 bis 2.7.2013, sowie von 3.9.2013 bis 2.10.2013 jeweils für die Strecke Wien Hauptbahnhof- B und retour

- die Anmeldebescheinigung für S., ausgestellt am 2.8.2013,
- eine Bestätigung der Kindesmutter vom 9.2.2005, dass der Bf. von Oktober 2000 bis März 2005 Unterhalt i.H. von € 1.500.- zahlte,
- eine Bestätigung des Amtes für Arbeit, Soziales und Familie B vom 18.9.2013, dass die Kindesmutter seit 2006 bis inkl. August 2013 Kindergeld bezogen habe. Diesbezüglich wurde vom Bf. im Schriftsatz vom 25.9.2013 vorgebracht, dass er erst durch diese Bestätigung davon erfahren habe, dass die Kindesmutter bis August 2013 in der Sw Kindergeld bezogen habe. Dieses wurde lt. Angaben des Bf. vom 29.1.2016 nicht zurückgefordert,
- eine Bestätigung der Meldestelle des Stadtteiles R in B , wonach der letzte bekannte Daueraufenthalt des Kindes in diesem Stadtteil von 14.3.2011 bis 5.9.2012 gelegen sei,
- das Urteil des BG B III vom 21.11.2013, mit dem dem Bf. das Sorgerecht zugesprochen wird,
- Lt. Bestätigung der Wiener Gebietskrankenkasse erfolgten seitens der Tochter S. in Österreich Arztbesuche zwischen 2006 und 2012 in folgender Verteilung:

2006: 0

2007: 0

2008: 30.10. Kinderärztin und Orthopäde und am 31.10. Praktischer Arzt

2009: 2.7. Kinderärztin

2010: 31.5. Praktischer Arzt

2011: Kinderärztin

2012: Kinderärztin

In der schriftlichen Stellungnahme vom 15.7.2013 gab der Bf. weiters an:

Die Tochter fahre täglich von der E.gasse mit dem Nachtbus XY los. Sie fahre bis zum XX, von dort mit der U2 zur YY und dann mit dem Zug nach B Hauptbahnhof, dann mit dem Bus zur Schule. Nach Schulschluss um 13:00 fahre sie den gleichen Weg wieder nach Hause und sei um ca. 16:30 bis 17:00 zu Hause. Die Tochter lebe seit 19.6.2006 bei ihm und sei auch seit diesem Zeitpunkt bei ihm polizeilich gemeldet. Sie besuche nicht die Schule in Österreich, da es keine Schule für sechzehnjährige gebe. Es gebe nur eine Privatschule, für die aber eine Aufnahmsprüfung in Deutsch und Englisch zu absolvieren wäre und die darüberhinaus auch auf Grund der Einkommensverhältnisse des Bf. nicht finanziertbar wäre. Zum Beweis des Sachverhaltes beantragte er die Einvernahme des Bf. und der Tochter.

Mit Bescheid vom 23.9.2014 wurde der Antrag des Bf. für den Zeitraum Juni 2006 bis September 2014 abgewiesen.

Als Begründung wurde 1. darauf verwiesen, dass Familienbeihilfe nur fünf Jahre rückwirkend ab Antragstellung gewährt werden könne und 2. aus den vorgelegten Unterlagen nicht darauf geschlossen werden könne, dass sich das Kind ständig beim Vater aufhalte.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 22.10.2014 fristgerecht Beschwerde erhoben und begründend folgendes ausgeführt:

Den beantragten Einvernahmen sei das Finanzamt nicht nachgekommen. Eine Fahrkarte sei vorgelegt worden, eine Meldeauskunft sei offensichtlich nicht eingeholt worden.

Weiters werde nochmals auf den Antrag der Kindesmutter auf Übertragung der Obsorge an den Vater verwiesen, da sie obdachlos geworden sei. Wo sonst solle das Kind wohnen außer beim Vater.

Die Ehegattin des Bf. sei nicht einvernommen worden.

Weiters seien das Urteil über die Übertragung der Obsorge, die Bestätigung über den Bezug von Kindergeld durch die Kindesmutter bis August 2013 und die Aussage des Bf. dass er über den unrechtmäßigen Bezug nichts gewusst habe und die Bestätigung der Kindesmutter, dass der Bf. Unterhalt geleistet habe, nicht berücksichtigt worden.

Eventualiter werde vorgebracht,

- dass der Bf. über einen langen Zeitraum Unterhalt geleistet habe und auch aus diesem Grund anspruchsberechtigt sei

- Anspruch auf eine Ausgleichszahlung als Unterschiedsbetrag zwischen der nach FLAG zu gewährenden Beihilfe und der von der Mutter zu Unrecht einbehaltenen und daher tatsächlich nicht zu berücksichtigenden sw Beihilfe habe.

Richtig sei, dass die Familienbeihilfe nur für fünf Jahre rückwirkend gewährt werde.

Die Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 28.4.2015 als unbegründet abgewiesen:

Es sei unglaublich, dass einem 2006 zehnjährigen Kind zugemutet worden sei, den Schulweg nach B auf sich zu nehmen. Der Wohnsitz sei am 5.9.2013 abgemeldet worden.

Die Mutter habe in der Sw Kindergeld bezogen.

Das Urteil des BG B vom 21.11.2013 verweise darauf, dass das Kind seit August vorigen Jahres beim Vater wohne.

Das Kind habe im Zeitraum 2006 bis 2013 nur siebenmal einen Arzt konsultiert.

Es seien nur Bahnkarten für 2013 vorgelegt worden.

Am 7.5.2015 stellte der Bf. einen Vorlageantrag und zugleich den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem gesamten Berufungssenat.

Am 24.11.2015 wurden die Tochter und die Gattin beim Bundesfinanzgericht als Zeuginnen befragt:

Die Tochter sagte unter Beziehung einer Dolmetscherin folgendes aus:

"Ich verstehe Deutsch, aber ich spreche nur sehr wenig. Ich bin vor ca. neun Jahren zu meinem Vater nach Wien übersiedelt. Ich war ungefähr zehn. Bis dahin habe ich mit meiner Mutter bei meiner Urgroßmutter in B gelebt. Mein Vater hat mich geholt, weil meine Mutter und meine Urgroßmutter immer gestritten haben und meine Urgroßmutter meine Mutter auch öfters hinausgeworfen hat. Mit meinem Vater spreche ich sl. Mein Vater hat die Sprache dadurch gelernt, dass er mit meiner Mutter zusammengelebt hat.

Ich bin in B in die Schule gegangen und auch nach meiner Übersiedlung nach Wien habe ich in B die Schule besucht. Ich habe weiterhin in B die Schule besucht, weil ich nicht Deutsch konnte. Ca. bis zum 15. Lebensjahr war ich in der Grundschule und in dieser Zeit ist immer jemand mit mir mitgefahren.

In der Früh ist mein Vater oder dessen Lebensgefährtin mit mir mit dem Zug oder dem Auto (wenn wir es uns von jemandem ausgeborgt haben) nach B gefahren. Nach der Schule hat meine Mutter schon auf mich gewartet und mich mit dem Zug nach Wien gebracht. Der Bahnhof in B war der Hauptbahnhof. In Wien bin ich (es waren damals Bauarbeiten) entweder in Stadlau oder Erzherzog Karl-Straße oder Hauptbahnhof ausgestiegen. Dort bin ich dann immer abgeholt worden. Meine Mutter ist mit dem Zug gleich wieder zurück nach B gefahren. Ab der Mittelschule bin ich allein gefahren. 2014 habe ich die Mittelschule abgebrochen (das war das 3. Mittelschuljahr), weil ich eine Operation hatte und mir das Hin- und Herfahren zu viel wurde.

Die Wochenenden und Ferien habe ich während der gesamten Schulzeit bei meinem Vater verbracht. Nur zu Weihnachten war ich bei meiner Großmutter. Bei meinem Vater in der Wiener Wohnung habe ich ein Zimmer mit einer Schwester geteilt, die jüngere Schwester hat bei meinem Vater und dessen Ehefrau im Zimmer geschlafen. Das jüngste Kind ist erst vor einem Jahr auf die Welt gekommen. Während der Schulzeit musste ich schon um 4 Uhr in der Früh aufstehen und bin mit dem Nachtbus zur U-Bahn und mit der U-Bahn zum Hauptbahnhof (damals Südbahnhof) gefahren. Von dort bin ich mit dem ersten Zug um 5.30 Uhr nach B gefahren. Meine Eltern haben überlegt, ob ich nicht in B ins Internat gehen sollte, weil das Hin- und Herfahren so anstrengend und zeitaufwendig war (ich habe im Zug gelernt). Meine Eltern haben aber gemeint, dass ich dann keinen Anspruch habe, wenn ich immer in B wohne. Außerdem hätte das Internat € 35,00 im Monat gekostet und ich wäre trotzdem an den Wochenenden und in den Ferien nach Wien gependelt.

Schulfreunde, mit denen ich etwas unternehmen konnte, hatte ich in B leider nicht. In Wien hatte ich nur die kleinen Schwestern (eine ist jetzt sieben, die andere fünf Jahre alt). Für alle meine Ausgaben, wie Kleidung, Schule usw. ist ab dem Zeitpunkt, als ich bei meinem Vater gelebt habe, dieser aufgekommen. Davor meine Urgroßmutter. Mein Vater ist früher (ich bin seit 2006 in Wien) zu uns nach B auf Besuch gekommen und hat Geschenke mitgebracht.

Auf die Frage des Rechtsanwaltes: Meine leibliche Mutter wohnt derzeit bei mir (schon länger als ein Jahr). Ihre Arbeitsstätte ist gleich in der Nähe meiner Wohnung.

Die Gattin des Bf. sagte folgendes aus:

" Ich bin seit 18.12.2003 mit Herrn A verheiratet. Mit S. spreche ich sl. Sie versteht Deutsch. Sie hat auch einen Deutschkurs im Jahr 2015 begonnen. Im Juni 2006 ist S. zu uns gezogen. Anlass war ein Streit zwischen S. Mutter und ihrer Urgroßmutter. Die Mutter war spielsüchtig und hat Geld, das ihr S. Vater zur Beschaffung einer Wohnung gegeben hat, verspielt. Daraufhin ist sie von der Urgroßmutter aus der Wohnung geworfen worden. Die Mutter hat uns gebeten, dass S. bei uns leben kann. Es war ursprünglich nur vorübergehend geplant. Sie ist aber dann bei uns geblieben, weil die Mutter in der Nacht gearbeitet hat. Die Urgroßmutter war mit der Erziehung überfordert. Ich habe mich aber von Anfang an gut mit S. verstanden, weil ich sie schon von klein auf kannte.

Wir haben die Mutter und die Urgroßmutter am Wochenende besucht oder die Mutter ist nach Wien gekommen. Mein Mann und ich haben S. abwechselnd von Wien nach B, meistens mit dem Zug (manchmal haben wir ein Auto ausgeborgt) nach B direkt zur Schule gebracht. S. musste um 4 Uhr aufstehen. Dann bin ich wieder nach Wien gefahren. In den ersten Monaten haben wir S. auch wieder von der Schule abgeholt. Dann haben wir mit ihrer Mutter ausgemacht, dass sie sie von der Schule abholt und zum Bahnhof bringt. In Wien haben wir sie dann am Bahnhof (Südbahnhof oder Stadlau oder Erzherzog Karl-Straße) abgeholt und sind nach Hause gefahren. Manchmal an den Freitagen ist die Mutter auch bis nach Wien mitgefahren und hat dann gleich das Wochenende bei uns

verbracht. Ab November 2008, als meine erste Tochter auf die Welt kam, haben wir S. nur mehr bis zum Zug gebracht und sie ist dann allein nach B in die Schule gefahren. Sie hatte ein Handy und ich habe sie angerufen, ob sie gut angekommen ist.

Gelernt und Hausübungen hat sie oft im Zug gemacht. Das Hin- und Herfahren war für sie sehr anstrengend. Sie musste auch zwei Klassen wiederholen. Wir haben überlegt, ob S. vielleicht in Wien in die BC Schule (Deutsch-Tschechisch) gehen könnte aber die Aufnahmeprüfung wäre in Deutsch gewesen. Außerdem ist das eine Privatschule. Bei der Schule in B hätte es die Möglichkeit gegeben, dass S. während der Woche in einem Internat bleibt. In dem Gebäude war auch ein Hotel und Erwachsene - wir konnten uns nicht vorstellen, dass S. dort gut aufgehoben ist. Die Kosten waren nicht ausschlaggebend. Als ich zwei kleine Kinder hatte, hat das Kleinste bei uns im Zimmer geschlafen und S. mit der zweiten Schwester im Kinderzimmer. Die Übertragung der Obsorge an meinen Mann dürfte vom Jugendamt ausgegangen worden sein, weil die Mutter nicht auffindbar war. In dieser Zeit 2012/2013 hatten wir auch keinen Kontakt zur Mutter."

Die für den Sachverhalt maßgeblichen Passagen des Urteiles des BG B III vom 21.11.2013 lauten folgendermaßen:

-Das Gericht genehmigt die elterliche Vereinbarung, wonach das Sorgerecht dem Vater zugesprochen wird. Beide Eltern werden die Minderjährige vertreten und ihr Vermögen verwalten..

-Die Mutter ist verpflichtet für den Unterhalt der Minderjährigen S. einen Beitrag in der Mindesthöhe von 30% des Lebensminimums zu zahlen, wobei die Mutter verpflichtet ist, diesen Betrag zu Handen des Vaters der Minderjährigen immer bis zum 1.5. Tag des Monats im Voraus zu leisten, beginnend ab dem Tag der Rechtskraft dieses Urteils.

-Die Mutter begründet ihren Antrag damit, dass sie seit Oktober 2012 arbeitslos ist und keine Lösung für ihre Wohnungsfrage hat, zumal die Wohnung, in der sie gemeinsam mit der Minderjährigen und der Großmutter gelebt haben nach dem Tod der Großmutter von den Erben verkauft wurde. Da die Mutter eine geregelte Fürsorge der Minderjährigen einschließlich der Wohnungsfrage unter den derzeitigen Bedingungen nicht sicherstellen kann, entspricht es den Interessen der Minderjährigen, dass das Sorgerecht dem Vater zugesprochen wird, der in der Lage und auch bereit ist um die Minderjährige zu sorgen.

-Die Minderjährige befindet sich faktisch in der Fürsorge des Vaters seit Oktober 2012, wobei sie täglich mit dem Zug von Wien nach B reist.

-Das Gericht hat im Rahmen der Beweisführung die Vernehmung der Verfahrensbeteiligten durchgeführt.

-Die Mutter der Minderjährigen ist ledig, arbeitslos, hat keine weiteren Unterhaltpflichten und bezieht keine Sozialleistungen. Sie wohnt bei ihrem Freund in B. Ihren angemeldeten Wohnsitz hat sie in B - R, wo sie bei der Ortsbehörde ihre Post in Empfang nimmt.

-Der Vater ist verheiratet, hat zwei weitere Unterhaltpflichten gegenüber L12, die aus seiner Ehe mit M stammen. Er ist als Tankwart bei der ABC angestellt, wobei sein durchschnittliches Monatseinkommen € 1.000.- beträgt und er derzeit in Probezeit ist. Die Minderjährige wohnt mit ihnen im gemeinsamen Haushalt in Wien seit August des vergangenen Jahres, es handelt sich um eine 3-Zimmer-Wohnung.

In der mündlichen Verhandlung am 16.12.2015 verwies der steuerliche Vertreter auf die Zeugenaussagen, die vorgelegten Unterlagen, die dramatische Historie der Kindheit und Jugend von S. und die "außerhalb der Norm" liegende Fallkonstellation und legte ergänzend eine notariell beglaubigte Urkunde der Mutter vom 9.2.2005 samt beglaubigter Übersetzung vor, wonach der Bf. bereits zu diesem Zeitpunkt der Kindesmutter einen Unterhaltsvorschuss für den Zeitraum April 2005 bis April 2014 in Höhe von gesamt € 3.000,- bezahlt habe. Der Bf. führte dazu aus, dass er der Kindesmutter das Geld deshalb zu diesem Zeitpunkt gegeben habe, weil sie ohnehin Geld für die Miete gebraucht habe.

Weiters wurde auf widersprüchliche Feststellungen in dem Urteil des BG B III vom 21.11.2013 zu GZ 1234 über den Aufenthalt von S. beim Bf. hingewiesen, und zwar einerseits seit August 2012 andererseits seit Oktober 2012. Diese Feststellungen resultierten offensichtlich lediglich aus den Angaben der Kindesmutter, die zu Unrecht und ohne Wissen des Bf. gemäß ihrer Bestätigung vom 18.9.2013 in der Sw Kindergeld bezogen habe. Tatsächlich wohne S. seit Juni 2006 beim Bf.

Auf die Frage der Vorsitzenden, warum er die Familienbeihilfe für seine Tochter nicht bereits ab dem Zeitpunkt beantragt habe, in dem diese nach seinem Vorbringen tatsächlich im gemeinsamen Haushalt gewohnt habe, sondern erst mit seinem Antrag im Juni 2013, gab dieser an, er habe nicht gewusst, dass ihm diese Zustände, und sei ihm dies erst bei einer Vorsprache beim UVS im Zuge eines anderen Verfahrens betreffend der Rückforderung von Sozialhilfe seiner Ehefrau vom zuständigen Richter gesagt worden. Erst vom dortigen Richter habe er erfahren, dass er Familienbeihilfe beantragen könne. Bis zu diesem Zeitpunkt habe er diese in Österreich nicht beantragt, weil die Kindesmutter in der Sw Kindergeld bezogen habe, und er daher davon ausgegangen sei, dass er in Österreich keinen Anspruch habe.

Demgegenüber gab der Bf. aber im Laufe der Verhandlung auf nochmalige Nachfrage, wann er vom Bezug des Kindergeldes durch die Kindesmutter erfahren habe, an, dass er hiezu nichts sagen könne, 2006 habe er es noch nicht gewusst, möglicherweise erst im Jahr 2012/2013 im Zuge des Obsorgeverfahrens vor dem BG B III (siehe Seite 4 der Niederschrift).

Bei den anderen Kindern habe der Bf. sehr wohl hinsichtlich seines Rechtsanspruches Bescheid gewusst.

Auf Befragen führte der Bf. wie bisher aus, dass die Tochter deshalb nicht in Wien die Schule besucht habe, weil sie der deutschen Sprache nicht mächtig gewesen sei.

Die Amtsvertreterin führte dazu aus, dass zum Besuch der deutsch-tschechisch-sprachigen Schule (BC) laut eingeholter Auskunft bei der Direktorin dieser Schule am

9.12.2015 zum einen keine Deutschkenntnisse von 10-jährigen Schülern Voraussetzung seien und dass es sehr wohl unter bestimmten Voraussetzungen Ermäßigungen (für das Schulgeld) gebe. Im Übrigen besuche auch die Tochter L1 diese Schule .

Die Frage nach einem allfälligen Internatsbesuch gleich zu Beginn (2006) wurde vom Bf. dahingehend beantwortet, dass er aus heutiger Sicht vieles anders machen würde.

Auf die Frage der Vorsitzenden, welches Internat die Tochter S. im Zuge ihrer Zeugeneinvernahme meine, gibt der Bf. an, es habe sich um das Internat gehandelt, das gleich bei der Schule in B angesiedelt sei. In diesem Internat habe seine Tochter nur ein paar Tage genächtigt, da sie sich dort gelangweilt habe, weil nur ganz wenige andere Schüler dort untergebracht gewesen seien.

Die Amtsvertreterin gab erneut (siehe die Ausführungen in der Beschwerdevorentscheidung) zu bedenken, es sei unglaublich, dass ein Kind, welches seit 2006 in Wien wohne, kein Wort Deutsch spreche. Bei der persönlichen Vorsprache am 4.12.2013 beim Finanzamt sei nämlich der Tochter S. eine einfache Frage gestellt worden, die sie nicht verstanden habe. Sie sei nur gefragt worden, in welche Schule sie gehe. Daher sei es auch bedenklich, ein Kind, welches kein Wort Deutsch spreche, allein mit dem Zug nach B fahren zu lassen. Im Übrigen verweise die Amtsvertreterin auch darauf, dass die Tochter S. auch bei einer persönlichen Vorsprache am 20.1.2015 kein Deutsch verstanden habe.

Gemäß vorgelegter Anmeldung der S. bei der Wiener Gebietskrankenkasse sei sie ab 10.3.2014 bei der Firma K in Wien in Österreich beschäftigt gewesen, wo sie wohl nicht beschäftigt worden wäre, wenn sie nicht deutsch sprechen könnte.

Der steuerliche Vertreter replizierte und verwies auf die schriftliche Einvernahme vom 24.11.2015, wonach sie zwar deutsch verstehe, aber nur sehr wenig spreche, weshalb auch ein Dolmetscher beigezogen worden sei und er sich persönlich davon ein Bild habe machen können, dass sie sehr wohl einfache Sachverhalte auf Deutsch versteht, aber nur schlecht Deutsch sprechen könne, weshalb für die diffizilen juristischen Fragen und Sachverhalte ein Dolmetscher erforderlich gewesen sei. Außerdem verweise er auf die geradezu dramatische Kindheit der Tochter, bedingt durch die Spielsucht der Mutter sowie den extrem aufreibenden Besuch der Schule in B und des Wohnsitzes in Wien. In B werde auf sl unterrichtet und auch mit dem Bf. und dessen Ehefrau habe sie hauptsächlich sl gesprochen.

Die Amtsvertreterin verwies auf die Passage auf Seite 3, 2. Absatz im Urteil des BG B III, wonach der Bf., befragt nach seinen Einkommensverhältnissen, angegeben hätte, er sei als Tankwart bei ABC angestellt, wobei sein durchschnittliches Nettoeinkommen ca. € 1.000,- im Monat betrage, und sie gibt in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass der Finanzverwaltung in den letzten Jahren lediglich ein durchschnittliches Jahreseinkommen von € 3.000,- bis € 5.000,- gemeldet worden sei.

Der Vertreter wendete dagegen ein, dass das Zitat aus dem Urteil unrichtig und unvollständig sei. Der Bf. habe angegeben, dass er zum damaligen Zeitpunkt ein

Nettoeinkommen von € 1.000,- erzielt und sich in der Probezeit befunden habe, sodass die Rückrechnung der Amtsvertreterin auf mehr als € 3.000,- bis € 5.000,- pro Jahr nicht nur unzulässig und rechnerisch unrichtig, sondern tatsächlich mutwillig und böswillig sei. Der steuerliche Vertreter verwies darauf, dass nach seinem Wissen ein Finanzstrafverfahren gegen den Bf. nicht eingeleitet worden sei und es sich auch gegenständlich um kein solches handle.

Die Amtsvertreterin verwies in diesem Zusammenhang auf einen, dem steuerlichen Vertreter allerdings nicht bekannten, Lohnzettel für den Zeitraum 9.11.2012 bis 31.12.2012, der nichtselbständige Einkünfte in Höhe von € 640,85 ausweise.

Diesem Lohnzettel liege jedoch lt. Bf. möglicherweise eine unrichtige Anmeldung durch den damaligen Arbeitgeber zu Grunde. Gegebenenfalls habe der Bf. noch Trinkgelder eingenommen. Er glaube, in diesem Zeitraum zusätzlich für ein Taxiunternehmen tätig geworden zu sein.

Die Amtsvertreterin gab weiters zu bedenken, dass die EU-Anmeldebescheinigung, die binnen drei Monaten zu beantragen wäre, erst im August 2013 tatsächlich ausgestellt worden sei.

Dem hielt der Bf. entgegen, dass es 2006 keine rechtliche Verpflichtung hiezu gegeben habe.

Die Amtsvertreterin verwies darüberhinaus auf Seite 3 der Beschwerdeschrift, in der ausgeführt werde, dass die Tochter „*insbesondere auch die Wochenenden und die Ferien ganztägig bei ihm verbringt*“. Dies lege den Schluss nahe, dass das Kind während der Schulzeit in B und nicht ständig beim Kindesvater in Wien aufhältig sei.

Der steuerliche Vertreter entgegnete hiezu, dass die Formulierung „*insbesondere auch die Wochenenden und die Ferien ganztägig bei ihm verbringt*“ absolut verständlich darauf hinweise, dass die Wochenenden und Ferien ganztägig beim Bf. verbracht werden, die Schultage selbstverständlich nicht, weil sich das Kind während der Unterrichtszeiten in der Schule in B befindet und den restlichen Tag sowie die Nacht beim Bf. in Wien und sohin an Schultagen sich nicht ganztägig in Wien aufhalte. In der Sache selbst verwies er auf die Zeugenaussagen, die vorgelegten Unterlagen und die dramatische Historie der Kindheit und Jugend der S..

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden.

Gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend ab dem Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Der Beschwerdeführer (Bf.) beantragte am 7.6.2013 die Gewährung von Familienbeihilfe für seine Tochter S., geb. am 1996, ab 19.6.2006.

Da dieser Zeitpunkt im Hinblick auf die Antragstellung am 7.6.2013 außerhalb der in Abs. 3 leg. cit. geregelten Fünfjahresfrist liegt, ist der Antrag daher für den Zeitraum Juni 2006 bis Mai 2008 infolge Verjährung abzuweisen.

Im gegenständlichen Beschwerdeverfahren ist demnach über einen allfälligen Beihilfenanspruch beginnend mit Juni 2008 abzusprechen.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist daher, ob dem Bf. für den Zeitraum Juni 2008 bis Februar 2014 Familienbeihilfe zusteht.

Die Tochter S., geboren am 1996, war während dieses Zeitraumes minderjährig.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit.a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person Anspruch für ein Kind im Sinne des Abs. 1, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch, wenn keine andere Person anspruchsberechtigt ist.

Der Bf. bringt vor, dass S. seit 19.6.2006 bei ihm haushaltsgerecht sei und verweist zunächst auf die meldebehördliche Bestätigung.

Das BFG konnte sich durch Einsicht in den Auszug aus dem zentralen Melderegister davon überzeugen, dass S. seit 19.6.2006 an der gleichen Adresse wie der Bf. mit Hauptwohnsitz gemeldet ist.

Der Bf. und seine nunmehrige Gattin sowie S. behaupten im Verfahren übereinstimmend, dass S. seit 2006 beim Bf. in Wien wohne.

Nach § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. VwGH vom 23.9.2010, 2010/15/0078)) ist von jenen Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Unter Berücksichtigung dieses Grundsatzes und sämtlicher in den Entscheidungsgründen dargelegter Beweismittel sowie nach dem Ergebnis der mündlichen Senatsverhandlung am 16.12.2015 gelangte das BFG dennoch zur Überzeugung, dass S. erst ab August 2012 beim Bf. haushaltsgerecht war.

Dieses Ergebnis des Beweisverfahrens ist wie folgt zu begründen:

1.: Eine Meldebestätigung stellt nach der Judikatur des Verwaltungserichtshofes (vgl. z.B. VwGH vom 11.6.2013, 2012/21/0088) lediglich ein Indiz für den tatsächlichen Aufenthaltsort dar, wenn anderen Umständen, die gegen diesen Aufenthaltsort sprechen, größeres Gewicht beizumessen ist.

Die Meldebestätigung allein reicht daher nicht aus, um die Haushaltzugehörigkeit von S. zumindest glaubhaft zu machen.

2.: Die Zeuginnen S. und M in der Folge M. genannt, gaben zwar übereinstimmend an, dass S. seit 2006 beim Bf. lebe, weitere Details in deren Aussagen lassen jedoch diese Übereinstimmung vermissen:

So konnte M. den Zeitpunkt der Übersiedlung nach Wien mit Juni 2006 datieren und nannte auch den konkreten Anlass, nämlich einen Streit der Kindesmutter mit deren Großmutter (der Unterkunftgeberin in B), während S. den Zeitpunkt der Übersiedlung mit "vor ca. neun Jahren" bezeichnete und als Grund **k ein** konkretes Ereignis sondern laufende Streitigkeiten der Mutter mit der Großmutter („immer gestritten haben“, „ofters hinausgeworfen“) angab.

Während S. ausführt, bis ca zum 15. Lebensjahr „**sei immer jemand mit ihr mitgefahren**“, nämlich der Vater oder dessen Lebensgefährtin nach B und die Mutter von B nach Wien, führt M. aus, dass S. „**ab November 2008 allein**“ nach B in die Schule gefahren sei. Die Mutter habe S. von der Schule abgeholt und zum Zug Richtung Wien gebracht.

3.: Die Frage nach einem allfälligen **Internatsaufenthalt in B** während der Schulwoche wurde von S., M. und dem Bf. jeweils **unterschiedlich** beantwortet:

Lt. S. hätte ein möglicher Anspruchsverlust (gemeint offensichtlich bezügl. Familienbeihilfe) und die Kosten von € 35.- pro Monat dagegen gesprochen.

Lt. M. wiederum hätten die Kosten keine Rolle gespielt, ausschlaggebend seien vielmehr Bedenken ihrerseits und ihres Mannes hinsichtlich einer altersgemäßen Betreuung gewesen („konnten uns nicht vorstellen, dass S. dort gut aufgehoben ist“).

Der Bf. gab in der mündlichen Verhandlung an, dass S. zwar dort einige Male genächtigt, sich aber gelangweilt habe. Aus dieser Aussage ergibt sich, dass ein allfällig vom Bf. geplanter Internatsaufenthalt aus persönlichen, bei S. liegenden Gründen gescheitert wäre.

Auch lässt die Antwort auf die Frage in der mündlichen Verhandlung "warum er sich nicht schon zu Beginn (2006) um ein geeignetes Internat umgesehen habe“, „er würde heute vieles anders machen“ den Schluss zu, dass die Frage eines Internates, wenn überhaupt, erst zu einem späteren Zeitpunkt als 2006 bzw. 2008 spruchreif wurde, nämlich als S. mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit tatsächlich beim Bf. in Wien gewohnt hat.

Auf Grund der vorgelegten Zeugnisse und Schulbesuchsbestätigungen wird nicht in Zweifel gezogen, dass S. tatsächlich in B die Schule besuchte. Nachweise außer den Aussagen von S., M. und dem Bf. gibt es für die behaupteten täglichen Fahrten von Wien

nach B **ab Juni 2006** nicht. Diese Aussagen, so wie auch die Beschwerde selbst (S. fährt täglich...) sind so formuliert, dass sie auf jeden, auch auf einen späteren Zeitpunkt, anwendbar wären. So verweist das Urteil des BG B III vom 21.11.2013 darauf, dass sich S. seit Oktober 2012 faktisch in der Obsorge des Bf. befindet, wobei sie täglich mit dem Zug von Wien nach B fahre.

4.: Wenn sowohl der Bf. als auch M. darauf verweisen, der Besuch der tschechischen Schule in Wien sei mangels Deutschkenntnissen nicht möglich gewesen, so ist auf die Ermittlungen des Finanzamtes, dargelegt in der mündlichen Verhandlung zu verweisen, wonach Deutschkenntnisse keine Voraussetzung für den Besuch dieser Schule sind.

Unzureichende Deutschkenntnisse, nämlich in der Weise nicht nur Deutsch zu verstehen, sondern sich auch verständlich ausdrücken zu können, sind hingegen nur ein Indiz, dass sich S. nicht seit 2006 in Österreich aufhält. Bei dem vom Bf. geschilderten Sachverhalt, nämlich, Schulbesuch in B und Verwendung der slowakischen Sprache zu Hause, wären mangelnde Sprachkenntnisse durchaus vorstellbar. Zwar wurde von der Amtspartei darauf verwiesen, dass S. keine Anstellung bei unzureichenden Deutschkenntnissen erhalten hätte, dabei aber außer Acht gelassen, dass die genaue Tätigkeit von S. nicht ermittelt wurde und es zudem auch Beschäftigungen gibt, bei denen etwa manuelle Tätigkeiten im Vordergrund stehen hierbei und Sprachkenntnisse keine große Rolle spielen.

5.: Widersprüchlich sind auch die Aussagen des Bf. in der mündlichen Verhandlung hinsichtlich der Frage, warum er die Familienbeihilfe nicht schon zu dem Zeitpunkt beantragte, als S. nach seinen eigenen Angaben ständig bei ihm wohnte, also im Jahr 2006.

Zum Einen bringt er vor, „davon ausgegangen zu sein, in Österreich keinen Anspruch zu haben, weil die Kindesmutter in der Sw Kindergeld bezogen habe“. Erst als er in einem seine Gattin betreffenden Verfahren beim UVS von seinem Anspruch erfahren habe, habe er den Antrag gestellt. Diese Aussage hat zur Folge, dass er im gesamten Zeitraum 2006 bis Juni 2013 (Antragstellung) gewusst haben muss, dass die Kindesmutter Kindergeld bezieht und in der irrtümlichen Annahme, dass ihm dann keine Familienbeihilfe zustünde, keinen Antrag stellte.

Unverständlich wäre dann die Bestätigung der Kindesmutter über ihren unrechtmäßigen Bezug und der Unkenntnis des Bf. darüber.

In diesem Fall widerspricht es aber den Erfahrungen des täglichen Lebens keine Erkundigungen hinsichtlich eines allfälligen Anspruches einzuholen, zumal er ja seiner Behauptung nach gänzlich für den Unterhalt des Kindes aufkam und darüber hinaus das Kindergeld in der Sw nur äußerst niedrig war. Hinsichtlich der anderen Kinder, die ebenfalls bei ihm wohnten, hatte er hingegen keine Zweifel über sein Anspruchsrecht.

Dieser Aussage des Bf. steht die ebenfalls in der mündlichen Verhandlung zu einem späteren Zeitpunkt getätigte Aussage diametral entgegen, 2006 noch nichts vom

Kindergeldbezug durch die Kindesmutter gewusst zu haben, von diesem möglicherweise erst im Zuge des Obsorgeverfahrens erfahren zu haben.

Im Schriftsatz vom 25.9.2013 wurde anlässlich der Übermittlung der Bestätigung des Amtes für Arbeit, Soziales und Familie B vom 18.9.2013, wonach die Kindesmutter seit 2006 bis inkl. August 2013 Kindergeld bezogen habe überdies ausgeführt, dass der Bf. bis zur Erlangung dieser Bestätigung am 18.9.2013 keine Kenntnis davon gehabt habe, dass die Kindesmutter bis inklusive August 2013 Kindergeld bezogen habe.

6.: Berechtigung kommt auch dem Hinweis der Amtspartei in der mündlichen Verhandlung zu, dass die Anmeldebescheinigung für S. erst am 22.8.2013 ausgestellt wurde. Der Bf. irrt, wenn er vermeint, dass im Jahr 2006, konkret im Juni 2006, eine solche nicht erforderlich gewesen sein soll. Die Sw ist seit 1.5.2004 Mitglied der Europäischen Union. Gemäß § 53 des am 1.1.2006 in Kraft getretenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) haben EU-Bürger und Bürgerinnen, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen nach Ablauf von drei Monaten einen Antrag auf Ausstellung einer Anmeldebescheinigung zur Dokumentation dieses Rechtes zu stellen. Nach der Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 4 NAG ist dieser Antrag nur dann nicht erforderlich, wenn man sich als EWR-Bürger bereits vor dem 1.1.2006 rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat und nach dem Meldegesetz gemeldet war. Zwar sagt das Ausstellungsdatum nichts über das Datum der Antragstellung aus, diese muss jedoch wesentlich später als 2006 erfolgt sein. Die Behauptung des Bf. vermochte daher diese, im Hinblick auf die angebliche Haushaltzugehörigkeit ab Juni 2006, späte Antragstellung nicht zu begründen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die vom Bf., von S. und von M getätigten Aussagen nicht geeignet sind, die Zweifel des Bundesfinanzgerichtes an der Haushaltzugehörigkeit von S. seit Juni 2006 (bzw. seit Juni 2008) zu zerstreuen.

Nicht von der Hand zu weisen ist zwar der Einwand der Amtspartei, dass es unglaublich sei, einem zehnjährigen Kind den geschilderten täglichen Schulweg zuzumuten. Dieses Vorbringen alleine würde jedoch nicht ausreichen, die vom Bf. aufgestellte Behauptung zu widerlegen.

7.: In krassem Widerspruch zur Behauptung des Bf., S. lebe seit 2006 bei ihm im gemeinsamen Haushalt, steht der vom BG B III im Zuge des Obsorgeverfahrens festgestellte Sachverhalt (siehe hiezu die in den Entscheidungsgründen zitierten Passagen des Urteils vom 21.11.2013):

1.: „S. befindet sich faktisch in der Obsorge des Vaters seit Oktober 2012.“

2.: „Die Minderjährige wohnt im gemeinsamen Haushalt seit August des vergangenen Jahres“ (gemeint kann aus Sicht der Urteilsapprobation am 21.11.2013 nur das Jahr 2012 sein).

Zwar divergieren die Monate, doch ist es denkmöglich, dass das Gericht unter „Wohnen“ und „faktischer Obsorge“ zwei verschiedene Tatbestände beschrieb, nämlich im Sinne

einer zeitlichen Reihenfolge und der Qualität der Beziehung. S. wohnte ab August 2012 beim Bf., ab Oktober 2012 stellte er nicht nur eine Wohnmöglichkeit zur Verfügung, sondern es entstand ein Betreuungsverhältnis wie es zwischen einer Minderjährigen und deren Betreuungsperson mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten typisch ist und zwar noch vor einer gerichtlichen Regelung. Unter diesem Gesichtspunkt kann das Bundesfinanzgericht in dieser unterschiedlichen Formulierung keinen Mangel erkennen, der es an der Glaubwürdigkeit des vom BG B III festgestellten Sachverhaltes zweifeln lässt. Dem Vorbringen des steuerlichen Vertreters in der mündlichen Verhandlung, wonach „diese Feststellungen offensichtlich aus den Angaben der Kindesmutter resultieren, die zu Unrecht und ohne Wissen des Bf. gemäß ihrer Bestätigung vom 18.9.2013 in der Sw Kindergeld bezogen hat“ ist folgendes entgegen zu halten:

Das BG verweist ausdrücklich darauf, dass die Sachverhaltsfeststellungen u.a auch auf der Vernehmung der Verfahrensbeteiligten, also auch des Bf. beruhen. Aus dem Urteil geht aber in keiner Weise hervor, dass der Bf. in diesem Verfahren behauptet habe, das Kind habe schon vor dem Jahr 2012 bei ihm gewohnt.

Ein Urteil darüber, ob die Kindesmutter zu Recht oder zu Unrecht Kindergeld bezog, steht dem Bundesfinanzgericht nicht zu. Jedenfalls wurde ihr (die Bestätigung stammt nicht von ihr) der Bezug von 2006 bis inkl. August 2013 vom Amt für Arbeit, Soziales und Familie in B am 18.9.2013 bestätigt. Auch wurde kein lt. eigenen Angaben des Bf. kein Kindergeld von der slowakischen Behörde zurückgefordert.

Die Kindesmutter hat das Verfahren zur Übertragung der Obsorge an den Bf. durch ihren Antrag vom 25.9.2012 angestrengt, da sie „arbeitslos und keine Lösung für die Wohnungsfrage“ habe. M. äußert in ihrer Aussage überdies die Vermutung, dass die Übertragung der Obsorge vom Jugendamt ausgegangen sein dürfte. Diese Lebensumstände, in denen sich die Kindesmutter zu diesem Zeitpunkt befand, i.Z. mit der damit durchaus plausiblen Einschaltung des Jugendamtes, zeigen deutlich, dass das Kindeswohl von S. in Gefahr war. Nur in diesem Fall ist die Frage, wem die Obsorge zusteht, überhaupt von Bedeutung. Wenn sich S. bereits seit 2006 beim Vater befunden hätte, hätte es für das Kindeswohl keine Bedeutung gehabt, wenn die Mutter in B arbeits- und obdachlos wird.

Das Bundesfinanzgericht gelangte daher nach Würdigung des Sachverhaltes wie er sich aus der Aktenlage und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung darstellt zur Auffassung, dass S. erst ab August 2012 zum Haushalt des Bf. zugehörig war. Dafür spricht insbesondere die Sachverhaltsfeststellung des BG B III im Zuge des Obsorgeverfahrens, die durch die widersprüchlichen und nicht nachvollziehbaren Aussagen von S., M. und dem Bf., wie oben dargelegt, gestützt werden. Der Bf. konnte keine Nachweise für den von ihm behaupteten Sachverhalt erbringen. Die nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zumindest erforderliche Glaubhaftmachung von Tatsachen gelang ihm durch die bloße Behauptung, unter Verweis auf die Meldebestätigung, S. habe seit 2006 bei ihm gewohnt, nicht.

Hingegen liegen eine Reihe von Indizien vor, die in Zusammenhang mit dem erwähnten Urteil den dort geschilderten Sachverhalt als den wahrscheinlichsten erscheinen lassen. Dabei handelt es sich um

- den Antrag auf Übertragung der Obsorge von September 2012,
- die Wohnsitzabmeldung von S. vom 5.9.2012,
- den fortwährenden Bezug des Kindergeldes durch die Kindesmutter,
- die Antragstellung auf Gewährung von Familienbeihilfe im Juni 2013,
- die Ausstellung der Anmeldebescheinigung im August 2013,
- wie den Schulbesuchsbestätigungen zu entnehmen ist, wechselte S. mit dem Schuljahr 2012/2013 von der Grundschule in die Fachschule. Es ist nachvollziehbar, dass S., zu diesem Zeitpunkt 14 Jahre alt, mangels ausreichender Deutschkenntnisse die Schulausbildung in B fortsetzte.

S. hat im Zeitraum Juni 2008 bis Juli 2012 bei der Kindesmutter in der Sw gewohnt. Die Kindesmutter hat bis September 2013 in der Sw Kindergeld bezogen.

Da die Sw seit 1.5.2004 Mitglied der Europäischen Union ist, ist durch den oben geschilderten Sachverhalt auch Unionsrecht berührt.

§ 53 Abs.1 FLAG bestimmt, dass der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten ist. Nach Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Dies hat zur Folge, dass für den Zeitraum Juni 2008 bis Juli 2012 gem. § 2 Abs. 2 FLAG nur dann ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestünde, wenn der Bf. den Unterhalt überwiegend getragen hätte und keine andere Person anspruchsberechtigt gewesen wäre. Die Haushaltsgehörigkeit begründet den Anspruch auf Familienbeihilfe vorrangig (vgl. BFG vom 13.4.2015, RV/7100345/2014).

Nach dem hier auch maßgeblichen Unionsrecht ist der Bf. als in Österreich Erwerbstätiger bei Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen auch von der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit erfasst (in der Folge: "VO").

Artikel 2 der VO regelt den persönlichen Geltungsbereich. Danach sind Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen von der VO erfasst.

Dem Bf. wurde mit Bescheid der Sicherheitsdirektion Niederösterreich 5.12.1989 Flüchtlingsstatus zuerkannt.

Nach Artikel 3 Abs 1 lit j umfasst der sachliche Geltungsbereich der VO auch Familienleistungen.

Die VO ist also persönlich und sachlich auf den Bf grundsätzlich anwendbar.

Artikel 67 der VO besagt, dass eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats hat, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Zu prüfen ist deshalb, ob es sich bei S. um ein Kind des Bf um Familienangehörige iSd VO handelt.

Nach Artikel 1 Buchstabe i der Verordnung ist "Familienangehöriger"

„1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;

2. unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen;

3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.“

S. wäre also sowohl nach innerstaatlichem als auch nach Unionsrecht trotz fehlender häuslicher Gemeinschaft mit dem Bf dennoch als bei ihm (fiktiv) haushaltsgerecht (und somit als Familienangehörige iSd VO) anzusehen, wenn der Bf überwiegend für den Unterhalt aufkommen würde (vgl in diesem Sinne auch VwGH 19.4.2007, ZI 2004/15/0049).

Ob eine überwiegende Kostentragung in dem für den vorliegenden Fall maßgeblichen Sinn vorliegt, hängt nach herrschender Auffassung (vgl zB VwGH 21.3.1996, 93/15/0208) davon ab, wie hoch die gesamten tatsächlichen Unterhaltskosten für ein Kind in einem bestimmten Zeitraum waren und in welchem Ausmaß im selben Zeitraum von der unterhaltpflichtigen Person Unterhaltsbeiträge tatsächlich geleistet wurden. Die Höhe der gesamten Unterhaltskosten ist dabei als Tatfrage nach den Verhältnissen des Landes zu klären, in welchem sich die Kinder tatsächlich aufhalten. Dabei können sich im Verhältnis zu österreichischen Verhältnissen höhere aber auch niedrigere Unterhaltskosten ergeben.

Für die Beurteilung, ob eine Person diese Kosten überwiegend trägt, ist die Höhe der von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltskosten den gesamten Unterhaltsaufwendungen für ein Kind gegenüberzustellen.

Zu den Unterhaltskosten gehören alle Kosten zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes entsprechend § 140 ABGB, also insbesondere die Kosten der Nahrung, der Bekleidung, der Wohnung mit Licht und Heizung, der Körperpflege, der ärztlichen Behandlung, der Heilmittel und der Pflege in Krankheitsfällen, einer Erholungsreise, des Unterrichtes und der Berufsausbildung, der Befriedigung angemessener geistiger Bedürfnisse und Unterhaltungen und vieles mehr.

Auf eine gesetzlich oder vertraglich geregelte Höhe kommt es dabei nicht an (vgl. z.B. BFG vom 13.4.2015, RV/7100345/2014 und die dort zitierte Judikatur).

Nun legte der Bf. zwar in der mündlichen Verhandlung eine Bestätigung der Kindesmutter vom 9.2.2005 vor, wonach er ihr zu diesem Zeitpunkt einen Unterhaltsvorschuss in der Höhe, der dem Kind für den Zeitraum April 2005 bis April 2014 zustehe, gewährt habe, doch kann das Bundesfinanzgericht darin keine überwiegende Kostentragung für den Unterhalt von S. erkennen: zum Einen bringt er vor, das Geld der Kindesmutter für die Wohnungsmiete „für sich und das Kind“, somit nicht für einen darüberhinausgehenden Unterhaltsbedarf (siehe oben) von S. alleine, gegeben zu haben, zum Anderen habe er ihr das Geld „für die Wohnungsmiete“ gegeben, da sie zu diesem Zeitpunkt (nämlich am 9.2.2005) „kein Geld hatte“. Es handelt sich also um eine Geldzuwendung an die Kindesmutter aus einem konkreten Anlass, die intern als „Unterhaltsvorschuss“ tituliert wurde.

Auch ist es nicht von Bedeutung, wenn es sich um den dem Kind zustehenden Unterhalt (etwa nach dem Urteil des BG B III vom 16.7.1998) handeln würde.

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe auf Grund überwiegender Kostentragung zusteht, an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG 1967 klar entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen der überwiegenden Kostentragung und damit des Familienbeihilfeneanspruches für ein Kind kann somit je nach Sachlage (abhängig vom monatlichen Bedarf, wobei grundsätzlich auf die jeweilige Fälligkeit der finanziellen Verpflichtung abzustellen ist) von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (UFS 24.6.2009, RV/0752-I/08; vgl. VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098; siehe dazu Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 149 bis 153).

Eine pauschale Zahlung, mit der der Unterhaltsaufwand über Jahre hinweg im Vorhinein abgedeckt werden soll, kann daher nicht das von der Judikatur des Verwaltungsgesichtshofes aufgestellte Erfordernis der Überprüfung der überwiegenden Kostentragung im Anspruchszeitraum erfüllen.

Da das Bundesfinanzgericht in freier Beweiswürdigung davon ausgeht, dass S. im Zeitraum Juni 2008 bis Juli 2012 nicht im Haushalt des Bf. lebte und er auch nicht deren Unterhaltskosten überwiegend getragen hat, steht ihm Familienbeihilfe weder nach innerstaatlichem Recht noch nach Unionsrecht zu.

Ab August 2012 lebte S. nach der Auffassung des Bundesfinanzgerichtes im Haushalt des Bf., war demnach beim Vater im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 haushaltsgehörig.

Im Zeitraum August 2012 bis August 2013 wurde von der Kindesmutter in der Sw unbestrittenmaßen Kindergeld bezogen.

Besteht Anspruch auf Familienleistungen durch EU-Staaten liegt ein Anwendungsfall der VO 883/2004 vor.

Diese regelt in Artikel 67 hinsichtlich des Zusammentreffens von Ansprüchen folgendes:

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen:

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

Hierbei ist bei der Ermittlung der Differenzzahlung nur darauf abzustellen, ob ein Anspruch auf eine ausländische Beihilfe besteht, nicht etwa ob ein entsprechender Antrag gestellt

wurde bzw. auf Grund eines Anspruches eine Beihilfe auch tatsächlich bezogen wurde (siehe Aigner/Lenneis in FLAG, Kommentar, Tz. 3 zu § 4).

Im gegenständlichen Fall wurde von der zuständigen slowakischen Behörde bestätigt, dass die Kindesmutter tatsächlich Kindergeld bezogen hat. Dies wird auch vom Bf. nicht bestritten. Dieses Kindergeld wurde auch nicht zurückgefordert. Das Bundesfinanzgericht geht daher von einem entsprechenden Anspruch der Kindesmutter aus.

Der Bf. hat daher für den Zeitraum August 2012 bis August 2013 Anspruch auf eine Differenzzahlung in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der österreichischen Familienbeihilfe und dem von der Sw gewährten Kindergeld. Letzteres betrug im Jahr 2012 € 22,54 pro Monat und im Jahr 2013 € 23,10 pro Monat. Die österreichische Familienbeihilfe betrug gem. § 8 Abs. 2 FLAG, inklusive des gem. § 33 Abs. 3 EStG 1988 gemeinsam mit der Familienbeihilfe auszuzahlenden Kinderabsetzbetrages, € 189,30.

Die Differenzzahlung wird daher für die Monate August 2012 bis Dezember 2012 mit € 166,74 und für die Monate Jänner 2013 bis August 2013 mit € 166,20 festzusetzen sein.

Ab September 2013 bis Februar 2014 (siehe den vom Abweisungsbescheid umfassten Zeitraum) steht dem Bf. gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 infolge Vorliegens der Haushaltzugehörigkeit der Tochter S. die Familienbeihilfe inklusive des Kinderabsetzbetrages in voller Höhe zu.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Beilage: NS über die mündliche Verhandlung vom 16.12.2015

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Ausgehend davon ist der Verwaltungsgerichtshof als Rechtsinstanz tätig, zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist er im Allgemeinen nicht berufen (vgl. VwGH vom 11.9.2014, Ra 2014/16/0009 und VwGH vom 26.2.2014, Ro 2014/02/0039).

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs.4 B-VG eine Revision nicht zulässig. Es handelt sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, da das Bundesfinanzgericht in rechtlicher Hinsicht der in der Entscheidung dargestellten Judikatur folgt.

Bei der entscheidenden Frage, ob die Tochter des Bf. bei diesem im fraglichen Zeitraum haushaltsgleich war, handelt es sich jedoch um eine reine Sachverhaltsfrage, die der Revision nicht zugänglich ist.

Wien, am 11. Februar 2016